



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

IMPUGNACIÓN TUTELA

RADICACIÓN: 0800141890132020-00372-01

ACCIONANTE: SHARON GEORGINA MENDOZA REYES CC. 55245116

ACCIONADO: EPS SALUD TOTAL

DERECHO: SALUD

Barranquilla, treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

I. ASUNTO A TRATAR

Procede el despacho a decidir acerca de la impugnación a que fue sometido el fallo de tutela de fecha 25 de septiembre de 2020, proferido por el JUZGADO TRECE DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DE BARRANQUILLA, dentro de la acción de tutela instaurada por la señora SHARON GEORGINA MENDOZA REYES, actuando en calidad de representante legal del niño ESTEBAN JESÚS LIZARAZO MENDOZA, por el presunto desconocimiento de sus derechos fundamentales a la salud y vida, por parte de la EPS SALUD TOTAL, y en la que se concedió el amparo solicitado.

II. ANTECEDENTES

La parte accionante, narra los siguientes hechos que se sintetizan así:

1. La accionante es cotizante de la E.P.S. SALUD TOTAL y tiene como beneficiario a su hijo ESTEBAN JESÚS LIZARAZO MENDOZA, de diez (10) años de edad, identificado con el NUIP No. 1043452888, quien fue diagnosticado con la patología denominada parálisis cerebral espástica, deformidad congénita de cadera, deformidad congénita de fémur y rodillas, trastorno del habla y del lenguaje, pie equino varo, por lo que se requiere un tratamiento continuo, con discapacidad ocupacional, con un proceso de rehabilitación integral cognitiva, ocupacional y conductual la cual es permanente.
2. Expuso que el niño fue calificado con una pérdida de capacidad laboral de más del 50%, y que el 10/09/20 08:37:44 el Ortopedista y Traumatólogo adscrito a la Clínica Misericordia Dr. CARLOS ALFONSO SEVERINI CAMPO expide la orden para solicitud de interconsulta con ortopedia y traumatología con observación de que debe ser pediátrica y realizarse en la entidad Instituto Roosevelt y recomienda realizar las siguientes intervenciones quirúrgicas múltiples reconstructivas así: a) Posible descenso del trocánter si los RX de caderas muestran una coxa vara con cierre fisiario del trocánter, se debe hacer un fortalecimiento del musculo glúteo medio previo al descenso. b) Osteotomía femoral varizante, de-rotatoria y extensora, previamente debe tomarse RX de las caderas para determinar la varización. c) Artrodesis talonavicular o cirugía de Mosca según los hallazgos intra-operatorios. d) Programa de rehabilitación previo a las intervenciones quirúrgicas encaminado al fortalecimiento del glúteo medio, cuádriceps y gastrosóleo y continuarlo durante el post-operatorio. e) Plicatura del Aquiles f) Transferencia vs alargamiento intra-tendinoso del recto anterior. g) Posible osteotomía de impactación anterior supra-condilea de ambos fémures. Establece como postoperatorio lo siguiente: - En el postoperatorio inmediato saldrá con yesos inguinopédicos por 6 a 8 semanas y luego debe usar una ortésis OTP de reacción a piso en neutro para el pie derecho, inmovilizadores de rodillas y cojín abductor de caderas. - Programas intensivos de Fisioterapia para fortalecer el glúteo medio bilateral, el cuádriceps y el tríceps sural y

estiramiento de psoas, isquiotibiales y dorsiflexores del tobillo. Debe incluirse, en esa orden otras medidas dependiendo de los hallazgos radiográficos.

3. Que además le ordenaron las siguientes imágenes diagnósticas: - 1 Radiografía panorámica de miembros inferiores (goniometría u ortograma), en formato 10 año con más 146 cm por tanto aplica para adulto. - 1 Radiografía de cadera comparativa AP y RANA. - 2 Tomografía computada de cadera bilateral. - 1 Tomografía computada en reconstrucción tridimensional cadera bilateral. Todas estas radiografías están pendientes.
4. Que el 2020-08-26 09:00, el Ortopedista Infantil y Oncología Dr. JHONNY CARREÑO SÁNCHEZ ordenó la remisión a un centro de mayor complejidad, donde hace la misma descripción de las patologías o procedimientos quirúrgicos que ordenó el Dr. CARLOS ALFONSO SEVERINI.

III. PRETENSIONES

Basándose en los fundamentos fácticos expuestos en la presente acción de tutela, el accionante pretende que se tutelen sus derechos fundamentales y como consecuencia de lo anterior:

“Expedir la orden de remisión para la ciudad de Bogotá D.C, de mi hijo ESTEBAN JESÚS LIZARAZO MENDOZA para que quede a disposición del grupo de especialistas del Instituto Roosevelt (4 Nivel tal cual como lo especifica la orden dada por el Dr. CARLOS ALFONSO SEVERINI), donde deberá presentarse y posterior realizarle las intervenciones quirúrgicas múltiples reconstructivas, esto significa en un solo tiempo quirúrgico de acuerdo a lo manifestado por los médicos tratantes así es como se llevan a cabo este tipo de cirugías en niños con parálisis cerebral, las cirugías requeridas son: a) Posible descenso del trocánter si los RX de caderas muestran una coxa vara con cierre fisiario del trocánter, se debe hacer un fortalecimiento del musculo glúteo medo previo al descenso. b) Osteotomía femoral varizante, de-rotatoria y extensora, previamente debe tomarse RX de las caderas para determinar la varización. c) Artrodesis talonavicular o cirugía de Mosca según los hallazgos intra-operatorios. d) Programa de rehabilitación previo a las intervenciones quirúrgica s encaminado al fortalecimiento del glúteo medio, cuádriceps y gastrosóleo y continuarlo durante el post-operatorio. e) Plicatura del Aquiles f) Transferencia vs alargamiento intra-tendinoso del recto anterior. g) Posible osteotomía de impactación anterior supra-condilea de ambos fémures. Así mismo se debe expedir la orden para el postoperatorio consistente en lo siguiente: En el postoperatorio inmediato saldrá con yesos inguinopédicos por 6 a 8 semanas y luego debe usar una ortésis OTP de reacción a piso en neutro para el pie derecho, inmovilizadores de rodillas y cojín abductor de caderas. - Programas intensivos de Fisioterapia para fortalecer el glúteo medio bilateral, el cuádriceps y el tríceps sural y estiramiento de psoas, isquiotibiales y dorsiflexores del tobillo. Debe incluirse (EN NEGRILLAS), en esa orden otras medidas dependiendo de los hallazgos radiográficos. 2. Como es obvio la suscrita como madre y representante del niño necesita que la entidad Salud Total me expida la orden de los pasajes de ida y vuelta tanto de mi hijo como de la suscrita y ordene mi estadía donde estime pertinente (hospedaje y alimentación) dado que soy una mujer Madre Cabeza de Hogar, empleada y No cuento con los recursos económicos para asumir los gastos requeridos en una ciudad diferente a la que actualmente resido.”

IV. TRÁMITE PROCESAL

La presente acción de tutela fue admitida por el JUZGADO TRECE DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DE BARRANQUILLA, ordenó la notificación de la accionada y la vinculación al trámite de la CLÍNICA LA MISERICORDIA y de los doctores CARLOS ALFONSO SEVERINI CAMPO psiquiatra infantil, KATERINE REYES CARRILLO médico

laboral, JESÚS BALAGUERA PATERNINA ortopedista y traumatólogo y JHONNY CARREÑO SÁNCHEZ ortopedista Infantil y oncólogo.

SALUD TOTAL EPS, informó que se procedió a realizar una auditoría del caso a través del área médico jurídica y se estableció que el paciente fue valorado por ortopedista pediátrica en IPS Oinsamed el día 10 de septiembre 2020, valoración de la cual se registra el direccionamiento al Instituto Roosevelt, que teniendo en cuenta la indicación dada por el especialista, se procede a autorizar según orden médica valoración por ortopedia infantil direccionada a la IPS referenciada, procediéndose a notificar a familiar del paciente para la asignación de cita con resultados de estudios ordenados en valoración realizada. Con relación a la solicitud de TRANSPORTES Y VIÁTICOS para acudir a servicios médicos, no se consideran servicios de salud ya que no están incluidos dentro del Plan de Beneficios, por lo que la EPS no está obligada a suministrarlos. Igualmente, aduce que la accionante no tiene orden médica que respalde su pretensión ni cuenta con solicitud ingresada a través de la plataforma Mipres, la cual fue diseñada por el Ministerio de Protección Social para darle trámites a las tecnologías fuera del Plan de Beneficios en Salud como la del transporte solicitado.

V. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Mediante fallo proferido el día 25 de septiembre de 2020, proferido por el JUZGADO TRECE DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DE BARRANQUILLA, decidió amparar los derechos solicitados, al considerar que: *“...negar el acceso del traslado inmediato del niño y su acompañante, que requiere por su corta edad, debido a que necesita de su madre para poder realizar sus necesidades diarias, desconoce la protección inmediata, prioritaria, preferente y expedita al acceso efectivo al servicio de salud que ostenta el menor, aunado a que su madre manifiesta ser cabeza de familia, aseveración que no fue controvertida por la E.P.S. accionada. Por otra parte, con referencia a la argumentación de la accionada que manifiesta que los transportes y viáticos no se encuentran incluidos dentro del plan de beneficios en salud, es del caso acotar que si bien es cierto el servicio de transporte no tiene la naturaleza de prestación médica, el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia Nacional han considerado que en determinadas ocasiones dicha prestación guarda una estrecha relación con las garantías propias del derecho fundamental a la salud, tal como se vislumbra dentro del presente caso.”*

VI. IMPUGNACIÓN

La parte accionante, impugnó el referido fallo, argumentando que: *“El operador de justicia ordenó a SALUD TOTAL EPS-S S.A., sufragar los gastos de transportes para que el protegido acuda a atención médica, sin tener en cuenta que dicho ordenamiento no es un servicio de la salud que deba ser asumido por mi representada, precisamente por no ser parte del Plan de Beneficios en Salud. En adición a lo anterior, se evidencia la carencia de orden médica que fundamente el servicio solicitado. 3.- En adición de lo anterior señor Juez, se debe tener en consideración que quien figura como representante de la protegida, cuenta con los recursos económicos necesarios para sufragar lo que está solicitando. Lo que debe considerarse IMPROCEDENTE toda vez que se está trasladando deberes parentales ceñidos a la figura jurisprudencial de la solidaridad familiar, a las Entidades Promotoras de Salud, máxime si se tiene en cuenta que la madre puede suministrarlos, como se demostrará nuevamente en líneas posteriores. 4.- El operador de justicia ordenó a SALUD TOTAL EPS-S S.A., la integralidad de la atención de los servicios médicos al accionante. Lo que resultaría IMPROCEDENTE, toda vez que se tratan de HECHOS FUTUROS E INCIERTOS en el área de la salud, los cuales no pueden ser cobijados sino en el acto presente de cada patología o circunstancia fáctica, previa atención y ordenanza médica. Frente a esto se debe ser claro en señalar 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 mi representada no ha negado la prestación de los servicios que requiere la activa; garantizando el acceso adecuado y la prestación debida.”*

VII. PROBLEMA JURÍDICO

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

¿La accionada, EPS SALUD TOTAL, ha vulnerado sus derechos fundamentales a la salud y vida, del niño ESTEBAN JESÚS LIZARAZO MENDOZA, al negarse a proporcionar transporte y viáticos para acudir a una IPS en la ciudad de Bogotá donde fue remitido, en ocasión a las enfermedades que padece: parálisis cerebral espástica, deformidad congénita de cadera, deformidad congénita de fémur y rodillas, trastorno del habla y del lenguaje y pie equino varo y el tratamiento integral?

¿Se encuentran reunidos los presupuestos jurídicos- facticos para revocar la sentencia proferida por el a-quo?

VIII. COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, por ser superior funcional del a-quo, este juzgado resulta competente para conocer de la impugnación al fallo de tutela en referencia.

IX. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

El marco constitucional está conformado por los artículos 11, 44, 48, 49 y 86 de la Constitución Política, Ley 100 de 1993, Ley 1346 de 2009, Ley 1306 de 2009, ley 1996 de 2019 Ley 019 de 2012, Ley 1618 de 2013, Ley 1751 de 2015; Convención sobre los Derechos del Niño, Convención Interamericana de Derechos Humanos; sentencias C-507 de 2004, T-307 de 2006, T-717 de 2011, T-233-2012, C-313 de 2014, T-089-2018, T-022 de 2011, T-322 de 2012, T-154 de 2014, T-062 de 2017, 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;

Sentencia T-178/17 DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DIGNA-Suministro de medicamentos y elementos esenciales para sobrellevar un padecimiento o enfermedad que afecte la calidad y la dignidad de la vida.

En virtud del principio de integralidad del servicio de salud, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que el tratamiento que debe proporcionársele al enfermo no se reduce a obtener la curación. Este, debe estar encaminado a superar todas las afecciones que pongan en peligro la vida, la integridad y la dignidad de la persona, por tal razón se deben orientar todos los esfuerzos para que, de manera pronta, efectiva y eficaz reciba todos los cuidados médicos tendientes a proporcionarle el mayor bienestar posible.

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.”

DERECHO A LA SALUD EN PERSONAS EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada mediante la Ley 1346 de 2009, desarrolla el derecho a la salud de las personas en condición de discapacidad. Su artículo 25 establece lo siguiente:

“Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud”.

De la misma manera, la Convención establece una serie de medidas a adoptar con el propósito de materializar el derecho a la salud de las personas en condición de discapacidad. Sobre lo anterior, se debe destacar que a los Estados les corresponde, entre otros deberes, (i) proporcionar los servicios de salud que necesite la población en condición de discapacidad, específicamente los requeridos como consecuencia de la discapacidad; (ii) proporcionar los servicios lo más cerca posible a sus comunidades, incluso en las zonas rurales; (iii) prohibir la discriminación contra dicha población en la prestación de seguros de salud y de vida cuando éstos estén permitidos en la legislación nacional; al igual que (iv) velar porque tales seguros se presten de manera justa y razonable e; (v) impedir que se nieguen los servicios de salud, o de atención de la salud, o alimentos sólidos o líquidos por motivos de la discapacidad de los usuarios.

El artículo 9° de la Ley 1618 de 2013 describe que el derecho a la salud de las personas con discapacidad comprende el acceso *“(...) a los procesos de habilitación y rehabilitación integral respetando sus necesidades y posibilidades específicas con el objetivo de lograr y mantener la máxima autonomía e independencia, en su capacidad física, mental y vocacional, así como la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida (...)”.*

Artículo 4 de la ley 1996 de 2019: *“Accesabilidad: En todas las actuaciones, se identificarán y eliminarán aquellos obstáculos y barreras que imposibiliten o dificulten el acceso a uno o varios de los servicios y derechos consagrados en la presente ley.”*

Para ello, a las EPS les corresponde: “a) Garantizar la accesibilidad e inclusión de las personas con discapacidad en todos sus procedimientos, lugares y servicios; b) Deberán establecer programas de capacitación a sus profesionales y empleados para favorecer los procesos de inclusión de las personas con discapacidad; c) Garantizar los servicios de salud en los lugares más cercanos posibles a la residencia de la persona con discapacidad, incluso en las zonas rurales, o en su defecto, facilitar el desplazamiento de las personas con discapacidad y de su acompañante; d) Establecer programas de atención domiciliaria para la atención integral en salud de las personas con discapacidad; e) Eliminar cualquier medida, acción o procedimiento administrativo o de otro tipo, que directa o indirectamente dificulte el acceso a los servicios de salud para las personas con discapacidad (...)”.

El derecho fundamental a la salud también implica que el individuo cuente con un diagnóstico efectivo. Lo anterior conlleva: (i) una valoración oportuna sobre las dolencias que aquejan al paciente, (ii) la determinación de la enfermedad que padece y (iii) el establecimiento de un procedimiento médico específico a seguir para lograr el restablecimiento de su salud. De acuerdo con este Tribunal, el derecho al diagnóstico efectivo comprende lo siguiente:

“(i) la práctica de las pruebas, exámenes y estudios médicos ordenados a raíz de los síntomas presentados por el paciente, (ii) la calificación igualmente oportuna y completa de ellos por parte de la autoridad médica correspondiente a la especialidad que requiera el caso, y (iii) la prescripción, por el personal médico tratante, del procedimiento, medicamento o implemento que se considere pertinente y adecuado, a la luz de las condiciones biológicas o médicas del paciente, el desarrollo de la ciencia médica y los recursos disponibles”.

El precitado derecho se puede vulnerar en la medida en que “la EPS o sus médicos adscritos se rehúsen o demoren la determinación del diagnóstico y la prescripción de un tratamiento para superar una enfermedad”. Al respecto, la Corte Constitucional ha resaltado el deber del personal médico de las EPS que consiste en “emitir respecto del paciente un diagnóstico y la respectiva prescripción que le permita iniciar un tratamiento médico dirigido a la recuperación de su salud o al alivio de su dolencia”.

Por otro lado, la Corte Constitucional se ha referido al principio de integralidad en la prestación de los servicios de salud como la atención y el tratamiento completo a que tienen derecho los usuarios del sistema general de seguridad social en salud, de acuerdo con las disposiciones prescritas por el médico tratante. En ese sentido, a la EPS le corresponde garantizar todos los servicios de salud que requiera el paciente, sin que estos puedan fraccionarse. Pese a lo anterior, la Corte ha señalado que el principio de integralidad no debe interpretarse como la posibilidad que tiene el usuario de solicitar los servicios de salud que a bien le parezcan ya que es el médico adscrito a la EPS a quien le corresponde determinarlos a partir de sus necesidades clínicas.

Igualmente, la jurisprudencia de la Corporación ha indicado que al juez constitucional le asiste el deber de ordenar el suministro de los tratamientos médicos necesarios para conservar o restablecer la salud de los pacientes. Lo anterior con el fin de evitar la presentación de acciones de tutela por cada servicio que sea prescrito por el médico al paciente y respecto de una misma patología, y permitir la prestación continua de los servicios de salud.

EL SERVICIO DE TRANSPORTE COMO UN MEDIO DE ACCESO AL SERVICIO DE SALUD.

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.

Así, La resolución 5857 de 2018, actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, como mecanismo de protección colectiva, y establecer las coberturas de los servicios y tecnologías en salud que deberán ser garantizados por las Entidades Promotoras de Salud (EPS) o las entidades que hagan sus veces, a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), en el territorio nacional, en las condiciones de calidad establecidas por la normatividad vigente, y establece, en sus artículos 120-121-122, que se procede a cubrir el traslado de los pacientes, cuando se presenten patologías de urgencia o el servicio requerido no pueda ser prestado por la IPS del lugar donde el afiliado debería recibir el servicio, incluyendo, a su vez, el transporte para atención domiciliaria. Por lo tanto, en principio, son estos eventos los que deben ser cubiertos por las EPS.

No obstante, la Corte Constitucional ha reiterado en varias sentencias, entre ellas las T-760 de 2008, T-550 de 2009, T-352 de 2010, T-526 de 2011, T-464 de 2012 y T-148 de 2016, que el servicio de salud debe ser prestado de manera oportuna y eficiente, libre de barreras u obstáculos de acceso, por tanto, en aquellos casos en que el paciente requiera un traslado que no esté contemplado en la citada Resolución y, tanto él como sus familiares cercanos carezcan de recursos económicos necesarios para sufragarlo, es la EPS la llamada a cubrir el servicio, en la medida en que se pueden generar graves perjuicios en relación con la garantía del derecho fundamental a la salud, pues se ha entendido como un medio que permite el acceso a los servicios de salud.

Ante estos eventos la jurisprudencia constitucional ha señalado que el juez de tutela debe entrar a analizar la situación particular y verificar si se acreditan los siguientes requisitos, los cuales han sido desarrollados en sentencias T-022 de 2011, T-322 de 2012, T-154 de 2014, T-062 de 2017:

“... que 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 usuario.”

Ahora bien, en cuanto a la capacidad económica del afiliado la Corte ha señalado que cuando este afirma que no cuenta con los recursos necesarios para asumir los servicios solicitados, lo cual puede ser comprobado por cualquier medio, incluyendo los testimonios, se invierte la carga de la prueba. Por consiguiente, es la EPS la que debe entrar a desvirtuar tal situación, en la medida en que cuenta con las herramientas para determinar si es verdadera o no.

Por otro lado, se encuentra que pueden presentarse casos en que el paciente necesita de alguien que lo acompañe a recibir el servicio, como es el caso de personas de edad avanzada o que el tratamiento requerido causa un gran impacto en la condición de salud de la persona. En ese orden, 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 ni él ni su núcleo familiar cuentan con los recursos suficientes para financiar el traslado la EPS adquiere la obligación de sufragar también los gastos de traslado del acompañante.

CASO OBJETO DE ESTUDIO

Descendiendo al caso objeto de escrutinio, por parte de esta célula judicial, se encuentra que la libelista SHARON GEORGINA MENDOZA REYES, actuando en calidad de representante legal del niño ESTEBAN JESÚS LIZARAZO MENDOZA, hace uso del trámite constitucional de la referencia, por el presunto desconocimiento de sus derechos fundamentales a la salud y vida, por parte de la EPS SALUD TOTAL, en ocasión a que se ha negado a proporcionar el transporte, viáticos y tratamiento integral, teniendo en cuenta la patología denominada parálisis cerebral espástica, deformidad congénita de cadera, deformidad congénita de fémur y rodillas, trastorno del habla y del lenguaje, pie equino varo, por lo que le fue ordenado por los médicos lo siguiente:

1. Orden de remisión para la ciudad de Bogotá D.C, en el Instituto Roosevelt (prescrito por el Dr. CARLOS ALFONSO SEVERINI).
2. Orden de autorización para la realización de las siguientes cirugías:
 - a) Posible descenso del trocánter si los RX de caderas muestran una coxa vara con cierre fisiario del trocánter, se debe hacer un fortalecimiento del músculo glúteo medo previo al descenso.
 - b) Osteotomía femoral varizante, de-rotatoria y extensora, previamente debe tomarse RX de las caderas para determinar la varización.
 - c) Artrodesis talonavicular o cirugía de Mosca según los hallazgos intra-operatorios.
 - d) Programa de rehabilitación previo a las intervenciones quirúrgicas encaminado al fortalecimiento del glúteo medio, cuádriceps y gastrosóleo y continuarlo durante el post-operatorio.
 - e) Plicatura del Aquiles.
 - f) Transferencia vs alargamiento intra-tendinoso del recto anterior.
 - g) Posible osteotomía de impactación anterior supra-condilea de ambos fémures.
3. Orden para el postoperatorio consistente en lo siguiente: En el postoperatorio inmediato saldrá con yesos inguinopédicos por 6 a 8 semanas y luego debe usar una ortésis OTP de reacción a piso en neutro para el pie derecho, inmovilizadores de rodillas y cojín abductor de caderas. - Programas intensivos de Fisioterapia para fortalecer el glúteo medio bilateral, el cuádriceps y el tríceps sural y estiramiento de psoas, isquiotibiales y dorsiflexores del tobillo. Debe incluirse otras medidas dependiendo de los hallazgos radiográficos.

Al respecto, la accionada SALUD TOTAL EPS S.A., indicó que el paciente fue valorado por ortopedista pediátrica en IPS Oinsamed el día 10 de septiembre 2020, valoración de la cual se registra el direccionamiento al Instituto Roosevelt, que teniendo en cuenta la indicación dada por el especialista, se procedió a autorizar según orden médica valoración por ortopedia infantil direccionada a la IPS referenciada, procediéndose a notificar a familiar del paciente para la asignación de cita con resultados de estudios ordenados en valoración realizada. Que con relación a la solicitud de TRANSPORTES Y VIÁTICOS para acudir a servicios médicos, no se consideran servicios de salud ya que no están incluidos dentro del Plan de Beneficios, por lo que la EPS no está obligada a suministrarlos.

Revisados las pruebas obrantes en el plenario virtual, se extrae del PDF número 3 denominado 03 anexos tutelas, que efectivamente se trata de un niño con discapacidad integral por los siguientes diagnósticos:

1. Parálisis cerebral espásticas.
2. Deformidad congénita de fémur y rodillas.
3. Deformidad congénita de cadera.
4. Trastorno del habla y del lenguaje.

5. Pie equino varo.

Además a ello, se observa la remisión al Instituto Roosevelt, para la atención médica que requiere por sus patologías.

Revisado a su vez, el escrito de impugnación, se tiene que la accionada aduce que los gastos de transportes para que el protegido acuda a atención médica deben ser sufragados por la familia del niño, teniendo en cuenta que quien figura como representante del paciente, cuenta con los recursos económicos necesarios para sufragar lo que está solicitando, además que no es un servicio de la salud que deba ser asumido por la EPS, precisamente por no ser parte del Plan de Beneficios en Salud, y no existe orden médica que fundamente el servicio solicitado, y en cuanto a la integralidad en la atención de los servicios médicos al accionante, se trata de hechos futuros e inciertos en el área de la salud, los cuales no pueden ser cobijados sino en el acto presente de cada patología o circunstancia fáctica, previa atención y ordenanza médica.

Ahora bien, con relación a los gastos de transporte y viáticos, del paciente, y un acompañante, la entidad afirma que dichos servicios no hacen parte del plan de beneficios en salud, por lo cual, debe ser asumido por el accionante y/o su núcleo familia, sin embargo, si el paciente requiere ser remitido a una entidad que no se encuentre en su municipalidad, es deber de la entidad asumir los gastos que se devienen de su traslado, tanto para este como para su acompañante, teniendo en cuenta las condiciones de salud del actor, la ausencia de recursos económicos suficientes de la familia nuclear con ingresos base de cotización promedio de \$ 2.741.016.00¹, suma insuficiente para cubrir las necesidades básicas mensuales y asumir los gastos de traslado aéreo y estadía sin afectar su mínimo vital, máxime cuando el paciente goza de una especial protección constitucional por su edad y condiciones de discapacidad.

En lo que respecta al alojamiento, la Corte Constitucional reconoce que estos elementos, en principio, no constituyen servicios médicos, en concordancia, cuando un usuario es remitido a un lugar distinto al de su residencia para recibir atención médica, los gastos de estadía tienen que ser asumidos por él o por su familia. No obstante, teniendo en consideración que no resulta posible imponer barreras insuperables para asistir a los servicios de salud, excepcionalmente, dicha Corporación ha ordenado su financiamiento.

Para ello, se han retomado por analogía las subreglas construidas en relación con el servicio de transporte. Esto es, (i) se debe constatar que ni los pacientes ni su familia cercana cuentan con la capacidad económica suficiente para asumir los costos; (ii) se tiene que evidenciar que negar la solicitud de financiamiento implica un peligro para la vida, la integridad física o el estado de salud del paciente; y, (iii) puntualmente en las solicitudes de alojamiento, se debe comprobar que la atención médica en el lugar de remisión exige más de un día de duración se cubrirán los gastos de alojamiento. (Sentencia T- 259 -2019)

Lo anterior, teniendo en cuenta que la finalidad del diagnóstico consiste en identificar la patología, determinar el tratamiento médico e iniciar el mismo bajo la prescripción médica. Por consiguiente, dificultar el proceso, compromete directamente el goce efectivo de su derecho fundamental a la salud, agravando su situación y la entidad accionada no aportó prueba de solvencia económica, sólo la relación de aportes con el ingreso de base de cotización, con sumas que se muestran insuficientes para asumir viáticos sin poner en riesgo el único ingreso familiar,

¹Según relación de aportes suministrada por SALUD TOTAL EPS S. A.

más aun cuando se trata de un tratamiento prolongado por la complejidad y gravedad de las patologías.

Aunado a lo anterior, en lo que respecta a la integralidad en el tratamiento del niño, la Corte Constitucional en sentencias T-307 de 2007, T-016 de 2007 y en la T- 081- 2019, precisó las subreglas del tratamiento integral en materia de salud:

“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 paciente², “(...) sin que les sea posible fraccionarlos, separarlos, o elegir alternativamente cuáles de ellos aprueba en razón del interés económico que representan”³. 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 dolencias⁴.

Al mismo tiempo ha señalado esta corporación 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 rehabilitación⁵, poniendo así en riesgo la salud de la persona, prolongando su sufrimiento físico o emocional, y generando complicaciones, daños permanentes e incluso su muerte⁶; y (ii) que existan las órdenes

² Cfr., Sentencias 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.

³ Cfr., Sentencia T-760 de 2008.

⁴ Cfr., Sentencia T-469 de 2014.

⁵ Cfr., Sentencias T-030 de 1994, T-059 de 1997, T-088 de 1998, T-428 de 1998, T-057 de 2013, T-121 de 2015, T-673 de 2017. De conformidad con lo expuesto en la Sentencia T-057 de 2013, este tipo de negligencias se reprochan porque: “pueden implicar la distorsión del objetivo del tratamiento o cirugía ordenada inicialmente, prolongar el sufrimiento, deteriorar y agravar la salud del paciente e incluso, generar en éste nuevas patologías, y configurar, en consecuencia, una grave vulneración del derecho a la salud, a la integridad personal y a la vida digna de un paciente”

⁶ Cfr., Sentencias T-224 de 1999, T-760 de 2008, T-520 de 2012, T-673 de 2017, T-405 de 2017, T-069 de 2018. Al respecto, la Sentencia T-224 de 1999, adujo que: “no es normal que se retrase la autorización de cirugías, exámenes o tratamientos que los mismos médicos del I.S.S. recomiendan con carácter urgente, pues ello va en contra de los derechos a la vida y a la integridad física de los afiliados no solamente cuando se demuestre que sin ellos el paciente puede morir o perder un miembro de su cuerpo, sino también cuando implican la demora injustificada en el diagnóstico y, por consiguiente, en la iniciación del tratamiento que pretende el restablecimiento de la salud perdida o su consecución”. La Sentencia T-760 de 2008, por su parte, reconoció que “Toda persona tiene derecho a acceder integralmente a los servicios de salud que requiera. En tal sentido, toda persona tiene derecho, entre otras cosas, a que se remuevan las barreras y obstáculos que impidan a una persona acceder integralmente a los servicios de salud que requiere con necesidad, como ocurre, por ejemplo, cuando el acceso implica el desplazamiento a un lugar distinto al de residencia, debido a que en su territorio no existen instituciones en capacidad de prestarlo, y la persona no puede asumir los costos de dicho traslado”. (Subrayas agregadas). Así también, en un caso resuelto por esta Corporación a través de Sentencia T-520 de 2012, en el que se discutía si la no realización de una cirugía a un paciente con cáncer de esófago dada la falta de disponibilidad de cupos en la IPS vulneraba su derecho a la salud, este tribunal concluyó que “(...) La EPS accionada, entonces, no podía excusarse en la falta de disponibilidad para dejar de prestarle un servicio de salud requerido al accionante, ya que estaba en capacidad de utilizar todos sus recursos para procurar que le practicaran efectivamente el procedimiento médico ordenado, y no se enfrentaba a un problema de disponibilidad de servicios insuperable e imprevisible. Aceptar lo contrario supondría admitir que la demandada podía refugiarse en su propia negligencia para dejar de prestar un servicio de salud requerido, y desconocer que la función básica de las EPS es garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud de sus afiliados”. Por la misma razón, en Sentencia T-673 de 2017, esta Corte afirmó que “el Estado y los particulares vinculados a la prestación del servicio público de salud, deben facilitar su acceso en términos de continuidad, lo que implica que las EPS no pueden omitir la prestación de los servicios de salud que comporten la interrupción de los tratamientos por conflictos contractuales o

correspondientes, emitidas por el médico, especificando los servicios que necesita el paciente⁷. 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 deberes⁸."

Puntualizando en el presente caso, se observó una negligencia por parte de la EPS, en la atención médica, al negarse a proporcionar el transporte, alojamiento del paciente y su acompañante, se trata de un paciente con un diagnóstico de salud complejo, en situación de discapacidad física y cognitiva, que requiere atención médica multidisciplinaria continua para proporcionarle una mejor calidad de vida conforme a la dignidad humana.

Teniendo en cuenta lo anterior, se confirmará el proveído impugnado, teniendo en cuenta las precisiones depuestas en los párrafos precedentes.

XI. RESUMEN O CONCLUSIÓN

Habida cuenta de las circunstancias fácticas y jurídicas que dieron lugar al ejercicio de la presente acción, tomando en cuenta la jurisprudencia previamente enunciada, y las consideraciones particulares de la situación puesta en conocimiento de esta agencia judicial, se confirmará la decisión de primera instancia teniendo en cuenta que se evidenció una vulneración de la accionada al no acceder al tratamiento integral y sufragar los gastos de transporte y viáticos.

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 el fallo de tutela de 25 de septiembre de 2020, proferido por el JUZGADO TRECE DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DE BARRANQUILLA, dentro de la acción de tutela instaurada por la señora SHARON GEORGINA MENDOZA REYES, actuando en calidad de representante legal del niño ESTEBAN JESÚS LIZARAZO MENDOZA, en consideración a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.
2. NOTIFÍQUESE esta providencia por el medio más expedito, es decir, por medio del correo electrónico ccto03ba@cendoj.ramajudicial.gov.co.
3. Por secretaria, envíese a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LINETH MARGARITA CORZO COBA
JUEZA

administrativos internos o con las IPS contratadas, que impidan la finalización óptima de los tratamientos iniciados a los pacientes".

⁷ Cfr., Sentencias T-057 de 2009, T-320 de 2013 y T-433 de 2014. También, sobre el particular afirmó este tribunal en la Sentencia T-607 de 2016, que "(...) a toda persona que sea diagnosticada con cáncer se le deben garantizar los tratamientos que sean necesarios de manera completa, continua y, sin dilaciones injustificadas, de conformidad con lo prescrito por su médico tratante, así se evita un perjuicio irremediable en la salud y la vida del paciente".

⁸ Cfr., Sentencias T-469 de 2014, T-702 de 2007 y T-727 de 2011.