



**JUZGADO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL PARA ADOLESCENTES
CON FUNCION DE CONTROL DE GARANTIAS
POPAYAN - CAUCA**

Calle 5A No. 1-11, Loma de Cartagena-Teléfono: 8244272
Email: j02mectlgcau@cendoj.ramajudicial.gov.co

SENTENCIA No. 127

Popayán, diez (10) de septiembre de Dos Mil Diecinueve (2019).

MOTIVO DE PRONUNCIAMIENTO

Se resuelve la acción de tutela presentada por la señora ELIZABETH BONILLA CHICUE quien actúa como agente oficioso de su hijo ANDERSON ELIÁN BONILLA BONILLA contra EMSSANAR EPS, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la salud y vida digna.

1. IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES

Accionante: la señora ELIZABETH BONILLA CHICUE identificada con cédula de ciudadanía No.1061792747, como agente oficiosa de su hijo menor ANDERSON ELIÁN BONILLA BONILLA identificado con registro civil No No.1061812725, residentes en la vereda Santa Elena, teléfono: 3002647818.

Accionada: EMSSANAR EPS, en cabeza de sus representantes legales y/o, Gerente, o quien haga sus veces.

Vinculadas: SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL Y FUNDACION VALLE DE LILI.

2. HECHOS

Refiere la accionante en síntesis que su agenciado está afiliado a EMSSANAR EPS, y que el día 8 de agosto de 2019, en consulta por primera vez con Especialista en Neumología Pediátrica, ordeno los medicamentos DORNASA ALFA 2,5 cantidad 120 ampollas para 120 días y TROBAMICINA 75MG/1ML AMPOLLA, cantidad 112 ampollas para 56 días¹ y consulta de primera vez por Especialista en Neumología en la Fundación Valle de Lili², los cuales no habían sido garantizados hasta la fecha de presentación de la demanda.

¹ Folio (9)

² Folio (8)

Rad. Número: 2019-00132-00
Accionante: ELIZABETH BONILLA CHICUE
Agenciado: ANDERSON ELIÁN BONILLA
Accionada: EMSSANAR EPS

3.- PRUEBAS ALLEGADAS

Obran como pruebas fotocopia de los siguientes documentos aportados por el accionante:

- Historia clínica (fl 7 - 8).
- Ordenes médicas (fl 9)
- Solicitud autorización de servicios (fl 10)
- Ordenes de laboratorio (fl 11)
- Cedula de ciudadanía accionante. (fl. 12)

4.- ACTUACIONES DEL DESPACHO

Mediante auto de fecha 28 de agosto de 2019, el Despacho admitió la presente acción de amparo y para los fines de notificación y ejercicio de los derechos de contradicción y defensa (Artículo 16 del Decreto 2591 de 1991), remitió copia de la demanda y anexos a EMSSANAR EPS, así como a la SECRETARIA DEPARTAMENTAL DE SALUD y FUNDACIÓN VALLE DE LILI, oficiosamente vinculadas.

5.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

5.1 LA FUNDACION VALLE DE LILI. (FL 20)

El representante legal suplente para asuntos procesales manifestó que el menor fue atendido en dos ocasiones, la última entre el 08 al 23 de agosto del presente año por urgencias. Indica que la entrega de medicamentos, citas médicas y continuidad del tratamiento son pretensiones enfocadas directamente a la accionada, sin relación con la fundación, alegando en consecuencia, falta de competencia en la causa por pasiva.

5.2 LA SECRETARIA DEPARTAMENTAL DE SALUD. (FL. 17-21)

Esta entidad dio respuesta mediante escrito allegado el día 02 de septiembre del año en curso, indicando en síntesis que el menor ANDERSON ELIÁN BONILLA BONILLA, se encuentra afiliado a EMSSANAR E.P.S en estado ACTIVO, en el Régimen SUBSIDIADO como BENEFICIARIO.

En cuanto a los medicamentos DORNASA ALFA, TOBRAMICINA y la consulta de primera vez por Especialista en Neumología señala que se encuentran descritos en el Plan de Beneficios en Salud (PBS), resolución 5857 de 26 de diciembre de 2018, por tanto corresponde a la EPS atender su prestación sin posibilidad de solicitar pago al ente territorial.

Rad. Número: 2019-00132-00
Accionante: ELIZABETH BONILLA CHICUE
Agenciado: ANDERSON ELIÁN BONILLA
Accionada: EMSSANAR EPS

Concluye que dicha entidad no ha vulnerado derechos fundamentales a la accionante, por lo cual solicita se le desvincule.

5.3 EMSSANAR EPS.

La EPS guardo silencio en el presente tramite tutelar, a pesar de haber sido debidamente notificada.

7.- PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a este Despacho determinar si EMSSANAR EPS o las entidades vinculadas, han vulnerado los derechos fundamentales a la salud de la menor ANDERSON ELIÁN BONILLA BONILLA, al no garantizar entrega de los medicamentos DORNASA ALFA, 1MG/1ML AMPOLLA, TROBAMICINA 75MG/1ML AMPOLLA ni la consulta por Especialista en Neumología Pediátrica en la Fundacion Valle de Lili para el manejo de la fibrosis quística que presenta.

8.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

Sobre temas como los que hoy ocupa la atención del Despacho, la Honorable Corte Constitucional se ha pronunciado en reiteradas oportunidades. A manera de ejemplo se cita la Sentencia T- 402 de 2018:

“3. El derecho fundamental a la salud y su protección especial para menores de edad. Reiteración jurisprudencial

...

3.1.1. En el artículo 49 de la Constitución se encuentra consagrada la obligación estatal de garantizar a todas las personas el acceso a la salud, así como de organizar, dirigir, reglamentar y establecer los medios para asegurar su protección y recuperación. Se deriva de esta disposición una doble connotación: por un lado, se constituye en un derecho fundamental del cual son titulares todas las personas y, por el otro, en un servicio público de carácter esencial cuya prestación se encuentra en cabeza del Estado, y por ende, de las entidades privadas que éste designa para garantizarlo.

3.1.2. Así, el derecho a la salud, el cual ha sido reconocido por normas de derecho internacional, el ordenamiento jurídico colombiano y la jurisprudencia constitucional, se configura como un derecho fundamental autónomo e irrenunciable que debe garantizarse de conformidad con los principios rectores de accesibilidad, solidaridad, continuidad e integralidad, entre otros, los cuales caracterizan el Sistema de Salud y están contemplados en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política, los artículos 153 y 156 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 6 de la Ley 1751 de 2015.

3.2. El *principio de accesibilidad* es definido por la Ley 1751 de 2015 de la siguiente forma: “[l]os servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, en condiciones de igualdad, dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables y al pluralismo cultural. La accesibilidad comprende la no discriminación, la accesibilidad física, la asequibilidad económica y el acceso a la información”. En particular, esta Corporación ha precisado que las entidades promotoras de salud (E.P.S.), tienen la obligación estatal de la prestación de dicho servicio y, en consecuencia, en ellas yace el deber de brindar todos los medios indispensables para que la referida accesibilidad sea materializada de forma real y efectiva.

3.3. Por su parte, el *principio de solidaridad* supone el deber de una mutua colaboración entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades con la finalidad de ayudar a la población más débil. La jurisprudencia constitucional ha precisado que el Sistema de Seguridad Social se configura como un servicio público solidario que constituye “*la manifestación más integral y completa del principio constitucional de solidaridad*”, toda vez que lograr su objetivo de protección de contingencias individuales, requiere una colaboración entre el Estado, las entidades a las cuales se le adjudicó la prestación del servicio de salud y los usuarios del sistema. En suma, “*los recursos del Sistema General de la Seguridad Social en Salud deben distribuirse de tal manera que toda la población colombiana, sin distinción de su capacidad económica, acceda al servicio de salud*”.

De esta forma, el diseño del Sistema General de Seguridad Social en Salud, al no contar con recursos públicos ilimitados, fue construido como una estructura que vincula a los particulares en aras de hacerlo sostenible, materializando así el principio de solidaridad consagrado en el artículo 95 de la Constitución.

3.4. El *principio de continuidad* supone que toda persona que haya ingresado al Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) cuente con vocación de permanencia y no resulte separado del mismo cuando se encuentre en peligro su calidad de vida e integridad. Esta Corporación ha manifestado reiteradamente que el servicio de salud, al tratarse de un servicio público esencial, no debe ser interrumpido sin que medie justificación constitucionalmente admisible. Así lo estableció la Corte en la sentencia T-1198 de 2003, en la cual precisó:

“Los criterios que informan el deber de las EPS de garantizar la continuidad de las intervenciones médicas ya iniciadas son: (i) las prestaciones en salud, como servicio público esencial, deben ofrecerse de manera eficaz, regular, continua y de calidad, (ii) las entidades que tienen a su cargo la prestación de este servicio deben abstenerse de realizar actuaciones y de omitir las obligaciones que supongan la interrupción injustificada de los tratamientos, (iii) los conflictos contractuales o administrativos que se susciten con otras entidades o al interior de la empresa, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus

Rad. Número: 2019-00132-00
Accionante: ELIZABETH BONILLA CHICUE
Agenciado: ANDERSON ELIÁN BONILLA
Accionada: EMSSANAR EPS

afiliados a la continuidad y finalización óptima de los procedimientos ya iniciados”.

3.5.1. De otro lado, el *principio de integralidad* se define en el artículo 8 de la Ley 1751 de 2015 de la siguiente forma:

“Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario.

En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada”.

Al respecto, en la Sentencia C-313 de 2014, esta Corporación manifestó que el referido principio de integralidad es transversal en el Sistema de Salud y determina su lógica de funcionamiento, pues la adopción de todas las medidas necesarias encaminadas a brindar un tratamiento que efectivamente mejore las condiciones de salud y calidad de vida de las personas es un principio que *“está en consonancia con lo establecido en la Constitución y no riñe con lo sentado [con anterioridad] por este Tribunal”*. Preciso también que el principio de integralidad opera no solo para garantizar la prestación de los servicios y tecnologías necesarios para que la persona pueda superar las afectaciones que perturban sus condiciones físicas y mentales, sino también para que pueda sobrellevar la enfermedad manteniendo su integridad y dignidad personal, de modo que se propenda para que su entorno sea tolerable y adecuado.

En síntesis, este principio comprende la obligación del Estado y de las entidades encargadas de la prestación del servicio de salud de garantizar la autorización completa y oportuna de los tratamientos, medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, controles, seguimientos y demás servicios que el paciente requiera para el cuidado de su patología y para sobrellevar su enfermedad.

3.5.2. La Corte ha considerado que es posible solicitar por medio de la acción de tutela la garantía del tratamiento integral, cuando con ello se pretende asegurar la atención en conjunto de las prestaciones relacionadas con las afecciones de los pacientes, que han sido previamente determinadas por su médico tratante. Esta Corporación ha manifestado que el reconocimiento de dicho amparo requiere *“(i) la descripción clara de una determinada patología o condición de salud diagnosticada por el médico tratante, (ii) por el reconocimiento de un conjunto de prestaciones necesarias dirigidas a lograr [superar o sobrellevar] el diagnóstico en cuestión; o (iii) por cualquier otro criterio razonable”*, precisando que el reconocimiento de la prestación integral del servicio de salud debe ir acompañado de indicaciones precisas

Rad. Número: 2019-00132-00
Accionante: ELIZABETH BONILLA CHICUE
Agenciado: ANDERSON ELIÁN BONILLA
Accionada: EMSSANAR EPS

que hagan determinable la orden del juez de tutela. Esto, por cuanto no le es posible a la autoridad judicial dictar órdenes indeterminadas ni reconocer mediante ellas prestaciones futuras e inciertas, pues, de hacerlo, se estaría presumiendo la mala fe de la entidad promotora de salud, en relación con el cumplimiento de sus deberes y obligaciones para con sus afiliados.

3.5.3. De otra parte, la jurisprudencia constitucional ha identificado una serie de eventos en los que se hace necesario otorgar una atención integral al paciente, cuando están en juego las garantías fundamentales de sujetos de especial protección constitucional, como es el caso de menores de edad, adultos mayores, indígenas, desplazados, personas con discapacidad física o que padezcan enfermedades catastróficas. En estos casos, la Corporación ha reconocido que la atención integral debe ser brindada independientemente de que las prestaciones requeridas se encuentren o no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud. Asimismo, la Corte ha sostenido que ante la existencia de casos excepcionales en los cuales las personas exhiben condiciones de salud extremadamente precarias e indignas, le es permitido al juez de tutela otorgar el reconocimiento de las prestaciones requeridas para garantizar su atención integral, con el fin de superar las situaciones que los agobian.

3.5.4. Esta Corporación ha reconocido recientemente la garantía del tratamiento integral para menores de edad y adultos mayores, con la finalidad de protegerlos en su especial situación de vulnerabilidad, en especial cuando la E.P.S. ha actuado negligentemente en la prestación del servicio de salud. Tales son los casos presentados en la sentencia T-445 de 2017, en donde se reconoció tratamiento integral para dos menores con *parálisis cerebral*, de forma que se garantizara la provisión de insumos y servicios médicos, requeridos por los mismos, no contemplados en el POS.

...

3.6. Tratándose de menores de edad, el derecho a la salud cobra mayor importancia, pues se refiere a sujetos de especial protección en consideración a su temprana edad y a su situación de indefensión. En este sentido, el artículo 44 de la Constitución establece que *“son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud, y la seguridad social, [...]”*. El reconocimiento del interés superior del menor, ampliamente considerado por disposiciones de carácter internacional[44], exige al Estado el compromiso de asegurar el más alto nivel posible de salud de los menores, pues sus derechos fundamentales prevalecen al momento de resolver cuestiones que les afecten.

En concordancia, el artículo 6º de la Ley 1751 de 2015 enumera los elementos y principios esenciales que deben regir la prestación del servicio y reconoce el principio de prevalencia de los derechos, en virtud del cual le compete al Estado *“implementar medidas concretas y específicas para garantizar la atención integral a niñas, niños y adolescentes. En cumplimiento de sus derechos prevalentes establecidos por la Constitución Política. Dichas medidas se formularán por ciclos vitales: prenatal hasta*

Rad. Número: 2019-00132-00
 Accionante: ELIZABETH BONILLA CHICUE
 Agenciado: ANDERSON ELIÁN BONILLA
 Accionada: EMSSANAR EPS

seis (6) años, de los (7) a los catorce (14) años, y de los quince (15) a los dieciocho (18) años.

A su vez, el artículo 11 de la citada Ley, reconoce como sujetos de especial protección a los **niños, niñas y adolescentes**, mujeres embarazadas, desplazados, víctimas de violencia y conflicto armado, adultos mayores, **personas que padecen enfermedades huérfanas** y personas en condición de discapacidad, cuya atención no podrá ser *“limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica”*. En estos términos, se reitera el enfoque diferencial y la atención prioritaria que deben tener los niños, niñas y adolescentes en materia de salud.

En particular, sobre la prestación del servicio de salud requerida por menores de edad, ha señalado la Corte que el examen de los requisitos para el otorgamiento de prestaciones en salud debe realizarse de forma flexible, en aras de garantizar el ejercicio pleno de sus derechos.

En conclusión, tanto la legislación colombiana como la jurisprudencia constitucional han sido claras en señalar el trato preferente que deben tener los menores de edad para la satisfacción de su derecho a la salud, razón por la cual todas las entidades prestadoras del servicio de salud deben respetar y garantizar de manera inmediata, prioritaria, preferente y expedita el acceso efectivo y continuo al derecho a la salud del cual son titulares”

8.- ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO.

En el caso que nos ocupa se encuentra acreditado que el menor ANDERSON ELIÁN BONILLA BONILLA de 2 años de edad, presenta un diagnóstico de FIBROSIS QUÍSTICA CON COMPROMISO PULMONAR Y PANCREÁTICO POR ELECTROLITOS EN SUDOR POSITIVOS SIN CONFIRMACIÓN GENÉTICA, para cuyo manejo el médico tratante ordeno Consulta de Primera vez por Especialista en Neumología Pediátrica en la Fundación Valle de Lili y los medicamento de DORNASA ALFA 1MG/1ML AMPOLLA, cantidad 120 ampollas para 120 DÍAS una dosis diaria y TROBAMICINA 75MG/1ML AMPOLLA, cantidad 112 ampollas para 56 días una dosis cada 12 horas³, los cuales a la fecha de instauración de la demanda no habían autorizados.

Tal situación sin duda alguna vulnera los derechos fundamentales a la salud y vida digna del menor ANDERSON ELIÁN BONILLA BONILLA, pues le impide el acceso oportuno a los servicios que requiere para el tratamiento de la enfermedad que lo aqueja, afectando su calidad de vida.

En tal sentido, la eps se aparta del deber constitucional que le asiste de garantizar a sus usuarios un servicio eficiente y oportuno, máxime en tratándose de sujetos de especial protección constitucional como el menor agenciado, de tan solo 2 años de

³ Folio 8 y 9

Rad. Número: 2019-00132-00
Accionante: ELIZABETH BONILLA CHICUE
Agenciado: ANDERSON ELIÁN BONILLA
Accionada: EMSSANAR EPS

vida, que precisa del acceso continuo y eficiente a los servicios de salud para superar la enfermedad que lo aqueja y que afecta su normal desarrollo, pues se trata de un menor de escasos 2 años de vida.

Según la actora, la razón de la no prestación de los servicios obedece a la falta de convenio vigente, situación administrativa que en modo alguno puede ser trasladada al usuario de salud, pues la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en señalar que el servicio de salud debe ser prestado bajo el principio de eficiencia, el cual se desconoce cuándo por razones de carácter administrativo diferentes a las razonables de una administración diligente, una EPS demora un tratamiento médico al cual la persona tiene derecho, vulnerando el derecho a la salud.

Ahora bien, según información telefónica suministrada por la accionante, ya le fue entregada la orden para la cita por neumología pediátrica y parte de los medicamentos solicitados.

Sin embargo, como la EPS accionada no emitió respuesta en el presente trámite y aun esta pendiente la materialización de la cita y de cierta cantidad de los medicamentos, se torna necesario tutelar los derechos fundamentales conculcados y ordenar a la EMSSANAR EPS que en el término de 48 horas siguientes a la notificación de este fallo, que garantice la atención de Primera vez por Especialista en Neumología Pediátrica en la Fundación Valle de Lili, así como la entrega de la totalidad de los medicamento de DORNASA ALFA 1MG/1ML AMPOLLA, y TROBAMICINA 75MG/1ML AMPOLLA, de conformidad con la orden médica.

De igual forma y atendiendo a que se trata de un menor de edad, se ordenara el como el tratamiento integral de la patología fibrosis quística que presenta a fin de garantizar el acceso continuo y efectivo a los servicios de salud que requiera conforme a las ordines de los medicos tratantes.

También se ordenara a la eps que garantice los gastos de transporte y alojamiento que requiera el menor agenciado y su acompañante para la prestación de servicios que sean autorizados por la eps en otra ciudad diferente a su domicilio, pues se trata de paciente del régimen subsidiado y se ha manifestado la carencia de recursos para asumir los gastos de desplazamiento, sin que la eps lo haya desvirtuado.

9. FALLO

En razón y mérito de lo expuesto, **EL JUZGADO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL DE POPAYÁN CON FUNCION DE CONTROL DE GARANTIAS**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

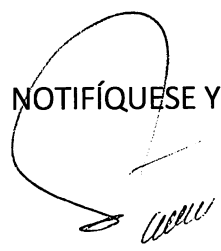
PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la SALUD y VIDA DIGNA de la menor ANDERSON ELIÁN BONILLA BONILLA, identificada con registro Civil con No.1061812725 como sujeto de especial protección constitucional.

Rad. Número: 2019-00132-00
Accionante: ELIZABETH BONILLA CHICUE
Agenciado: ANDERSON ELIÁN BONILLA
Accionada: EMSSANAR EPS

SEGUNDO: ORDENAR al representante legal de EMSSANAR EPS que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo, si aún no lo ha hecho, AUTORICE y GARANTICE la Consulta de primera vez por Especialista en Neumología Pediátrica en la Fundación Valle de Lili y los medicamento de DORNASA ALFA 1MG/1ML AMPOLLA, y TROBAMICINA 75MG/1ML AMPOLLA, en las cantidades y especificaciones ordenadas por el médico tratante, así como la atención integral de la enfermedad FIBROSIS QUÍSTICA CON COMPROMISO PULMONAR Y PANCREÁTICO POR ELECTROLITOS EN SUDOR POSITIVOS SIN CONFIRMACIÓN GENÉTICA, que presenta el menor y los gastos de transporte y alojamiento para el menor y su acompañante siempre que lo remita a otra ciudad para la prestación de servicios de salud relacionados con dicha patología.

TERCERO: NOTIFICAR a los interesados conforme al Art. 30 del decreto 2591 de 1991, informando que contra la presente determinación procede la impugnación dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación.

CUARTO: Si la sentencia no fuere impugnada, REMÍTASE a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.


NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NUBIA ROCELY PALTA MEDINA
JUEZA.