REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR
JUZGADO PRIMERO PROMISCOU MUNICIPAL
AGUSTÍN CODAZZI – CESAR
J01prmpalcodazzi@cendoj.ramajudicial.gov.co
Calle 18 No. 13-07 Barrio Machíquez. Teléfono 095-5766077

Agustín Codazzi – Cesar, Diciembre Dieciséis (16) de Dos Mil Veintiuno (2.021).-

REF: Acción de Tutela promovida por la señora MILENYS BAUTISTA SUAREZ en representación de su hija LUCIANA USTARIZ BAUTISTA, en contra de FAMISANAR EPS

Radicación No.: 200134089001-2021-000430-00

ASUNTO A TRATAR

Aborda el Despacho la labor de proferir la decisión de fondo que en derecho corresponda dentro de la presente Acción de Tutela promovida por la señora MILENYS BAUTISTA SUAREZ en representación de su hija LUCIANA USTÁRIZ BAUTISTA, en contra de FAMISANAR EPS, en defensa de los Derechos Fundamentales a la a la Vida y Seguridad Social en Salud, Mínimo vital consagrados en los artículos 1, 11,48 y 49 de la Constitución Política, y el último desarrollado por la corte suprema de justicia, para lo cual se tienen en cuenta los siguientes.....

ANTECEDENTES

La señora MILENYS BAUTISTA SUAREZ en representación de su hija LUCIANA USTÁRIZ BAUTISTA, mediante solicitud radicada por reparto en este juzgado, depreca de esta agencia judicial la protección de los Derechos Fundamentales a la a la Vida y Seguridad Social en Salud, Mínimo vital consagrados en los artículos 1, 11,48 y 49 de la Constitución Política, este último desarrollado por la corte suprema de justicia, de su representada LUCIANA USTÁRIZ BAUTISTA, pretendiendo para ello se ordene a la entidad accionada FAMISANAR EPS, lo siguiente: 1)_ Que se haga cargo de suministrar pasajes, alojamiento, alimentación, y transporte interno en la ciudad de Barranquilla y Bogotá donde debe llevar a la menor para valoración médica especializada con Genetista y Epileptología 2)_ Suministrar la atención integral, para que a futuro le hagan entrega de medicamentos, como también se le realicen procedimientos Pos y no Pos basado en que se le está tratando por el mismo diagnóstico.

Finca la accionante su solicitud en los hechos relacionados en la misma, los cuales podemos enunciar de la siguiente manera:

- Que desde hace 7 años su hija viene presentando problemas de salud relacionados con diagnóstico de CONVULSIONES-EPILEPSIA FOCAL el cual le ha provocado episodios de crisis convulsiva durante todo este tiempo. A raíz de que no ha mejorado con el medicamento fue remitida a la ciudad de Barranquilla a la unidad de patología y terapia fetal del caribe con la especialista en genética, por el médico tratante, RAY DE LUQUE BAUTE, esto fue el día 23 de septiembre de 2021, con cita programada para el 23 de Noviembre de 2021, en donde la entidad accionada le negó todo lo correspondiente a los viáticos y que fueron pagados con recursos propios, el cual solicitó reintegró de los mismos.
- Que también fue remitida a la ciudad de Bogotá a la Fundación Hospitalaria la Misericordia con la especialista de epileptólogo, por el médico tratante RAY DE LUQUE BAUTE, esto fue el día 23 de septiembre de 2021, y con cita programada para el 23 de Diciembre de 2021, donde la entidad accionada le negó todo lo correspondiente a los viáticos.
- Que en esa cita de GENETICA el médico tratante solicita la realización del siguiente estudio: ESTUDIO esa En MOLECULAR DE REARREGLOS (HGC), solicita a su vez CONTROL CON RESULTADOS, Con esas órdenes se acercó hasta la entidad accionada con el fin de que se le reconocieran los viáticos y pasajes para su hija y su acompañante para la ciudad de Barranquilla y Bogotá, a lo cual el informaron que ellos no reconocían estos viáticos ni pasajes, para lo cual debía impetrar una acción de tutela y que el juez la autorizara.

- Que es de anotar, que al no asistir a la valoración especializada constituye una situación lamentable, precaria y riesgosa de la salud y de la vida, por lo tanto, el derecho a la vida, como derecho fundamental consagrado y protegido por nuestra carta política, está claramente siendo vulnerado por el desacato u omisión del representante legal de FAMISANAR EPS ya que hasta el momento lo que ha logrado son respuesta evasiva para adelantar este trámite hasta su culminación.
- Que no es menos cierto que cualquier EPS PRESTADORA DE SALUD en Colombia debe prever situaciones como la nuestra en razón también a que en nuestro país la Constitución Política, como norma suprema contempla y protege los derechos fundamentales de las personas Como precisamente, es el caso que nos ocupa, la Salud Seguridad Social y la Vida, en recientes fallos de las altas cortes, en especial la corte constitucional y el consejo de estado han informado y difundido masivamente por los medios de comunicación, prensa hablada y escrita a todos los usuarios de la salud (en interés general) que toda enfermedad por riesgosa que fuese, la entidad prestadora estaba en la responsabilidad de cubrir su cuidado y costo, recordándole a FAMISANAR EPS que en nuestro país existe una entidad denominada FOSYGA, encargada de cancelar las cuentas pagadas o Sufragadas por la entidad responsable de prestar el servicio de salud.
- Que esta demanda de tutela como proceso preferencial, reitera los principios fundamentales consagrados en la ley 100 en lo Concerniente a la integridad en los tratamientos de las enfermedades, lo cual significa que al usuario se le debe garantizar su atención en las fases de diagnóstico, tratamiento rehabilitación. La resolución 5261 de 1994 que establece "para el tratamiento de las enfermedades de alto costo operara el mecanismo de reaseguramiento, lo cual significa que aquellas patologías que se encuentran clasificadas entro de este grupo serán asumidas por dicho mecanismo, siendo responsabilidad de la E.P.S Garantizar al usuario la atención de los mismos.
- Que como entidad obligada a cubrir los gastos referentes claramente es FAMISANAR viáticos, pasajes, alojamiento, alimentación y transporte interno tan anotados procedimientos, violando los derechos fundamentales y prioritario a la prestación oportuna del servicio de salud y en efecto debe ordenar sin dilación alguna y en el menor tiempo posible, los procedimientos ya que como afiliada, en el Régimen Contributivo a esta E.P.S. debo gozar, máxime si el médico tratante y quien le mando dichas valoraciones, está adscrito a esa entidad.

La accionante aportó como pruebas de sus asertos, las siguientes: a). _ b). _ Copia de la historia clínica. c). _Copia de todas las ordenes medicas d)._ fotocopia de la tarjeta de identidad e)._fotocopia de cedula de la representante

Por venir en legal forma la solicitud fue admitida mediante auto de fecha 10 de Diciembre del cursante año, requiriéndose a la entidad accionada FAMISANAR EPS para que en el término de dos (2) días contados a partir de la fecha de la notificación del auto admisorio, se sirviera rendir un informe sobre los hechos planteados por la peticionaria, habiéndose pronunciado a través del señor JOSÉ EUGENIO SAAVEDRA VIANA en calidad de Gerente Regional Zona Caribe

CONTESTACIÓN FAMISANAR EPS

El señor JOSE EUGENIO SAAVEDRA VIANA, actuando en calidad de Gerente de la Regional Zona Caribe de EPS FAMISANAR SAS., manifiesta que La usuaria LUCIANA USTARIZ BAUTISTA, identificada con TI 1066286327, se encuentra vinculado a reportando estado de afiliación ACTIVO, como Beneficiaria en el Régimen Contributivo. En cuanto a la prestación del servicio en Salud, se tiene que esta entidad emitió autorización de servicio en Salud No (POS) 267-62402352. CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN GENETICA MÉDICA. UNIDAD DE PERINATOLOGIA Y TERAPIA FETAL DEL CARIBE SAS - SEDE BARRANQUILLA. Con asignación de cita programada para el pasado 29 de noviembre del 2021. En este mismo sentido, se emitió autorización de servicios para la Especialidad en EPILEPTOLOGIA, para ser realizada en la ciudad de Bogotá con acompañante, Con asignación de cita programada para el 22 de Diciembre de 2021.

En lo referente a la solicitud de transporte usuaria y acompañante respecto a la solicitud de transporte ambulatorio intermunicipal y urbano, Se permito indicar que este servicio no se encuentra incluido en el plan de beneficios en salud (PBS), toda vez que el municipio de Valledupar - cesar en el cual se encuentra zonificado el usuario no cuenta con UPC diferencial por dispersión geográfica (resolución 2503 de 2021).

Por otro lado, la usuaria no demuestra carencia de recursos económicos, para cubrir servicios que no corresponden al ámbito de la salud y, por lo tanto, una evidente inexistencia de un perjuicio irremediable que comprometa el derecho a la salud en conexidad con el derecho fundamental a la vida, por cuanto el servicio pedido "NO es inherente al servicio de salud" que se viene suministrando al paciente como tratamiento, para superar las patologías que le aquejan, dentro de las competencias de FAMISANAR EPS, razón por la cual, no existe un "perjuicio irremediable" que directa o indirectamente afecte el Derecho a la Salud en conexidad con el Derecho Fundamental a la Vida de manera "inminente", "grave", por lo tanto, no es "relevante".

En lo particular a la alimentación, hospedaje y manutención dentro de otra ciudad con acompañante en lo que respecta a estos servicios complementarios, los mismos no se deben conceder, ya que estos gastos son propios cotidianidad y diario vivir, así como lo expreso el juez de tutela en fallo del 05 de noviembre del 2020 en su radicado 68081-4003001-2020-00409-00. y esto lo debe tener presente el juez al momento de analizar y decidir los alcances de sus fallos, ya que estos son gastos normales a los que deben incurrir todas las personas en su diario vivir, y sería una indebido uso de los recursos del sistema de salud.

Frente a la pretensión de suministrar tratamiento integral, en lo que respecta a la garantía de un tratamiento integral al paciente, resalto que FAMISANAR EPS ha desplegado todas las acciones de gestión de prestación de servicios de salud en favor del usuario, para garantizar su acceso a todos y cada uno de los servicios ordenados por su médico tratante, para el tratamiento de su patología, lo que se vislumbra a que la presente acción de tutela no se presenta por negación de ningún servicio, por cuanto los mismos han sido autorizados y garantizados por la EPS FAMISANAR SAS. aunado a lo anterior, es necesario que se cumplan requisitos jurisprudenciales establecidos por la corte constitucional, para la autorización de servicios por parte de la EPS que no estén con cargo a la UPC (unidad de pago por capitación) y/o determinar servicios excluidos de la resolución 2481 de 2020 y los no contemplados para ser financiados con el presupuesto máximo establecido en la resolución 205 de 2020, servicios que no podrían ser verificados conforme a lo establecido en las normas que rigen el sistema, al brindarse tratamiento integral en decisiones con un contenido indeterminado y a futuro lo que pondría en grave riesgo la sostenibilidad financiera del sistema de salud y privando del derecho fundamental a la vida e integridad física de los demás afiliados al sistema.

Por último en ese contexto, podemos concluir que, ante la evidencia de ausencia de vulneración o amenaza de Derecho Fundamental alguno por parte de FAMISANAR, las pretensiones planteadas por el accionante no están llamadas a prosperar en este proceso en contra de FAMISANAR, por tal razón solicitan al Despacho que se declare la improcedencia de esta entidad dentro de la presente acción de tutela.

Una vez enunciados los antecedentes del caso y habiendo sido relacionado el caudal probatorio acopiado, procederemos a adoptar la decisión de fondo que en estricto derecho corresponda, previas las siguientes...

CONSIDERACIONES

1._Competencia

Para esta casa judicial es claro que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37 del Decreto – Ley 2591 de 1991 y artículo 1º del Decreto 1382 de 2000, la competencia para conocer de la presente acción de tutela recae en este despacho.

2._Legitimación de las partes

la señora MILENYS BAUTISTA SUAREZ en representación de su hija LUCIANA USTARIZ BAUTISTA, por ser esta último la persona afectada con los presuntos actos omisivos de la entidad accionada, se encuentra legitimada para incoar la presente acción de tutela; mientras que FAMISANAR EPS, por ser la entidad a la cual la accionante le atribuye los actos omisivos

que presuntamente vulneran los derechos fundamentales de su representada, reúne los presupuestos de legitimidad para comparecer en calidad de accionada, dentro de este trámite tutelar.

3._ Problemas jurídicos y esquema de resolución

De acuerdo con la situación fáctica planteada corresponde a este despacho determinar los siguientes aspectos: *i)* _ La procedencia de la acción, y, *ii)* En el evento de que la acción sea procedente, establecer si la entidad accionada FAMISANAR EPS, al no autorizarle o suministrarle a la paciente agenciada LUCIANA USTÁRIZ BAUTISTA y a su acompañante MILENYS BAUTISTA SUAREZ, pasajes de ida y regreso, alojamiento, alimentación, y transporte interno en la ciudad de Bogotá donde a fin de llevar a la menor a la cita para valoración médica especializada con Genetista y Epileptología, ordenadas por su médico tratante para el manejo y tratamiento de su patología, vulnera sus derechos fundamentales cuya protección se invoca, y de ser así adoptar las medidas de protección pertinentes.

Para resolver los problemas jurídicos planteados, esta casa judicial procederá de la siguiente manera (1)_ Se determinará inicialmente la procedencia de la acción. (2)_ Se referirá a los derechos cuya protección se impetra. (3)_ Se referirá al régimen legal y jurisprudencia constitucional sobre la prestación por parte de la E.P.S. de los servicios respecto al Sistema de Seguridad Social en Salud, que se encuentren dentro o fuera del Plan Obligatorio de Salud. (4)_ Abordaremos la normativa y la jurisprudencia constitucional respecto a la concesión de viáticos para el paciente y un acompañante. 5)_ Se abordará el caso concreto.

3.1._ Procedencia.

La acción de tutela es un mecanismo de protección de los derechos fundamentales, de carácter preferente y residual, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública y en algunos casos por particulares cuando estos se encuentren en alguna de las siguientes condiciones: a)_ Cuando cumplan funciones públicas o que estén encargadas de la prestación de un servicio público. b)_ Cuando sus acciones u omisiones afecten grave y directamente el interés colectivo; y c)_ Cuando el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión respecto al particular. Se quiso limitar la procedencia de esta acción a la inexistencia de otro medio de defensa judicial de igual eficacia para la protección del derecho, o que habiéndolo este no resulte eficaz en consideración a la situación particular que afronta el actor; o que se utilice como mecanismo de carácter transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En el caso que nos interesa no advierte este aplicador de justicia que el tutelante disponga de otro medio judicial de igual eficacia para exigir la protección de los derechos fundamentales que considera vulnerados, de allí que se pueda pregonar de la acción incoada, su procedencia.

3.2._ Derechos cuya protección se invoca

3.2.1. _ Derecho a la Vida._ Aclarado lo anterior y como quiera que dentro de los derechos fundamentales cuya protección se impetra se encuentra precisamente el derecho a la vida, es procedente señalar que esta garantía entraña no solo la obligación del Estado y de los particulares de preservar la existencia de la persona humana, sino, que encierra además el imperativo deber de asegurar que esa existencia que se busca preservar, se encuentre rodeada de las condiciones mínimas para que se ajuste a los requerimientos por lo menos indispensables para satisfacer las necesidades generadas en razón, precisamente del hecho de existir, en condiciones de dignidad, entendida esta como un derecho fundamental cuyos titulares son únicamente las personas humanas, y que tiene un triple objeto de protección: *i)*_ La autonomía individual, *ii)*_ Las condiciones materiales para el logro de una vida digna, y *iii)*_ La integridad física y moral que resulte necesaria para lograr la inclusión social de una persona excluida o marginada. En resumen, lo que protege el derecho a la dignidad humana es el derecho a vivir como se quiera, el derecho a tener una vida digna, y el derecho a vivir sin humillaciones. (Sent. T-881/02).

Ya sobre el mismo tópico había precisado el Alto Tribunal, en sentencia T-395 de 1.998, con ponencia del doctor Alejandro Martínez Caballero, lo siguiente:

"(..) Lo que pretende la jurisprudencia es entonces respetar un concepto de vida no limitado a la restrictiva idea de peligro de muerte, ni a la simple vida biológica, sino a consolidar un

sentido más amplio de la existencia que se ate a las dimensiones de dignidad y decoro. Lo que se busca con dicha noción es preservar la situación existencial de la vida humana en condiciones de plena dignidad, ya que, al hombre no se le debe una vida cualquiera, sino una vida saludable, en la medida de lo posible (...)."

3.2.2._ El carácter fundamental del derecho a la seguridad social y a la salud.

En lo que atañe al derecho a la salud y a la seguridad social, La Constitución Política consagra, en su artículo 49, a la salud como un derecho constitucional y un servicio público de carácter esencial. De este modo, le impone al Estado la obligación de garantizar a todas las personas la atención que requieran. Asimismo, consagra la potestad que tienen las personas de exigir el acceso a los programas de promoción, protección y recuperación.

A partir de dicha disposición, la Corte Constitucional ha reconocido, en reiterada jurisprudencia, que el derecho a la salud es fundamental y *"comprende toda una gama de facilidades, bienes y servicios que hacen posible, de acuerdo al mandato contenido en diversos instrumentos internacionales, el imperativo de garantizar el nivel más alto posible de salud."*

En este sentido, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 25, estableció:

"1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (...)."

Igualmente, la Observación General 14 adoptada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el año 2000 expuso que el concepto de salud no se limitaba al derecho a estar sano ya que éste debe atender las condiciones biológicas y socioeconómicas de la persona, y los recursos con los que cuenta el Estado.

Respecto del principio de integralidad ha indicado que se encuentra consignado en el numeral 3° del artículo 153 y el literal c) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993 y que impone la prestación médica continua, "la cual debè ser comprensiva de todos los servicios requeridos para recuperar la salud. De igual manera ha sostenido que:

"(...) La atención y tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento; así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social (...)."

Ahora bien, en los casos que el galeno tratante no establezca el conjunto de prestaciones que conforman la garantía integral del derecho a la salud, "la protección de este derecho conlleva para el juez constitucional la necesidad de hacer determinable la orden en el evento de conceder el amparo, por ejemplo, (i) mediante la descripción clara de una(s) determinada(s) patología(s) o condición de salud diagnosticada por el médico tratante, (ii) por el reconocimiento de un conjunto de prestaciones necesarias dirigidas a lograr el diagnóstico en cuestión; o (iii) por cualquier otro criterio razonable. De este modo, el reconocimiento de la prestación integral del servicio de salud debe ir acompañado de indicaciones precisas que hagan determinable la orden del juez o jueza de tutela, ya que no le es posible dictar órdenes indeterminadas ni reconocer mediante ellas prestaciones futuras e inciertas.

Precisamente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha dispuesto que tratándose de: "(i) sujetos de especial protección constitucional (menores, adultos mayores, desplazados(as), indígenas, reclusos(as), entre otros)" y de (ii) "personas que padezcan enfermedades catastróficas (sida, cáncer, entre otras), se debe brindar atención integral en salud, con independencia de que el conjunto de prestaciones requeridas estén excluidas de los planes obligatorios".

Así las cosas, esa Corporación ha establecido que la acción de tutela es procedente para proteger el suministro de los servicios médicos que se requieren con necesidad, es decir,

aquellos "indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal o su dignidad" de forma que se "garantiza a toda persona, por lo menos, el acceso a los servicios de salud de los cuáles depende su mínimo vital y su dignidad como persona. Es necesario resaltar que esta obligación resulta prioritaria para el caso de las personas que son más vulnerables por sus condiciones físicas (niños y adultos mayores) o enfermos mentales. (Sent. T-036/13).

En este orden de ideas conviene recordar que el derecho a la seguridad social fue definido por el artículo 48 de la Constitución Política como "un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley", obligándose el Estado a *garantizar a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social*".

Respecto de su carácter fundamental, la Corte ha reconocido que la satisfacción de su contenido, esto es, del derecho a la pensión y a la salud, implica el goce de las demás libertades del texto constitucional, la materialización del principio de la dignidad humana y la primacía de los derechos fundamentales. Empero, el carácter fundamental del derecho a la seguridad social no es suficiente para que proceda su amparo por medio de la acción constitucional de tutela. Para ello es necesario que se cumplan los requisitos previstos en los niveles legislativos y reglamentarios dispuestos para su satisfacción, por cuanto *"algunas veces es necesario adoptar políticas legislativas y/o reglamentarias para determinar específicamente las prestaciones exigibles y las condiciones para acceder a las mismas, las instituciones obligadas a brindarlas y su forma de financiación"*.

Así, es una obligación del Estado garantizar el derecho irrenunciable a la seguridad social de acuerdo con las normas que lo regulan, por cuanto éstas son las que determinan específicamente las prestaciones exigibles y la forma de acceder a las mismas. Deber que correlativamente genera el derecho a los ciudadanos de exigir su cumplimiento en caso de vulneración o amenaza por medio de la acción constitucional de tutela.

La salud en la Constitución Política es definida, entre otras calificaciones, como un servicio público a cargo del Estado, un deber del ciudadano de procurar el propio cuidado integral, una garantía a todas las personas al acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación (artículo 49), un derecho fundamental de los niños (artículo 44), un servicio garantizado a las personas de la tercera edad (artículo 46), una prestación especializada para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (artículo 47), un bien constitucionalmente protegido en la comercialización de cosas y servicios (artículo 78) y un valor que se debe proteger respecto de toda persona conforme al principio de solidaridad social (artículo 95), de este modo, la salud constituye un pilar fundamental en el ordenamiento constitucional y ha sido reconocido por esa Corporación como un derecho fundamental susceptible de amparo por medio de la acción constitucional de tutela. El carácter fundamental del derecho a la salud radica en que al ser el individuo el centro de la actuación estatal y por ende al generarse frente al Estado la obligación de satisfacción y garantía de los bienes que promuevan su bienestar, la protección del derecho a la salud se constituye en una manifestación de bienestar del ser humano y por ende en una obligación por parte del Estado. Del mismo modo, el carácter fundamental del derecho a la salud se deriva al constituir su satisfacción un presupuesto para la garantía de otros derechos de rango fundamental. (Subrayas y negrillas ajenas al texto original).

El derecho a la salud ha sido definido por el Alto Tribunal como *"la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional tanto física como en el plano de la operatividad mental y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser, que "implica a su vez, la obligación de prestar todos los servicios necesarios para su prevención, promoción, protección y recuperación"* (Resalta el Juzgado).

Asimismo, bajo igual lógica de garantizar el bienestar máximo al individuo, se ha señalado que *"la salud es 'un estado completo de bienestar físico, mental y social' dentro del nivel posible de salud para una persona. En términos del bloque de constitucionalidad, el derecho a la salud comprende el derecho al nivel más alto de salud posible dentro de cada Estado, el cual se alcanza de manera progresiva"*. Así, la garantía del derecho a la salud incluye el mantenimiento y el restablecimiento de las condiciones esenciales que el individuo requiere para llevar una vida en condiciones de dignidad que le permitan el desarrollo de las diferentes funciones y actividades naturales del ser humano en el marco de su ejercicio del derecho a la

libertad. El derecho a la salud se manifiesta en múltiples formas en relación con las cuales esta Corporación ha tenido oportunidad de pronunciarse y algunas de éstas fueron recopiladas en la sentencia de tutela T-760 de 2008. Entre los elementos que caracteriza el derecho a la salud pertinentes para la resolución de este asunto y sobre los cuales esa Corte se ha pronunciado se encuentran los relacionados con la relación médico-paciente, el cambio de diagnóstico y de procedimiento para el tratamiento de una enfermedad, la continuidad y la integralidad de los servicios de salud, y el principio de no regresividad que gobierna la regulación de los derechos económicos, sociales y culturales. Igualmente se puede afirmar que la continuidad y la integralidad constituyen dos principios esenciales del derecho a la salud. (Sent. T-603/10)

3.3. _ Normatividad legal y jurisprudencia constitucional sobre la prestación por parte de las EPS de los servicios respecto al Sistema de Seguridad Social en Salud, que se encuentren dentro o fuera del Plan Obligatorio de Salud.

El acceso a la Seguridad Social y a la Salud, es un derecho y a la vez es un servicio público que goza de especial protección por parte del Estado y es por ello que Nuestra Constitución Política en su artículo 48 dispone: *"La seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley". "Se garantizará a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social (...)"*

La misma Carta Fundamental, señala en su artículo 49: *"La atención de la Salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud (...)"*.

La Ley ha sido consecuente con este precepto constitucional, y es así como en desarrollo de éste fue expedida la Ley 100 de 1.993 que en sus artículos 3º y 4º, predica:

"(...) DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL. El Estado garantiza a todos los habitantes del territorio nacional, el derecho irrenunciable a la seguridad social.

Este servicio será prestado por el Sistema de Seguridad Social Integral, en orden a la ampliación progresiva de la cobertura a todos los sectores de la población, en los términos establecidos por la presente ley (...)".

"(...) DEL SERVICIO PÚBLICO DE SEGURIDAD SOCIAL. La Seguridad Social es un servicio público obligatorio, cuya dirección, coordinación y control esta a cargo del Estado y que será prestado por las entidades públicas o privadas en los términos y condiciones establecidos en la presente ley.

Este servicio público es esencial en lo relacionado con el Sistema General de Seguridad Social en Salud (...)".

En su artículo 7º precisa:

"(...) ÁMBITO DE ACCIÓN. El Sistema de Seguridad Social Integral garantiza el cubrimiento de las contingencias económicas y de salud, y la prestación de servicios sociales complementarios, en los términos y bajo las modalidades previstos por esta ley (...)".

De igual manera en su artículo 159 impone a las EPS la obligación de garantizar a sus afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud la debida organización y prestación del servicio de salud, en los siguientes términos: *" 1._ La atención de los servicios del Plan Obligatorio de Salud del artículo 162, por parte de la Entidad Promotora de Salud Respectiva a través de las Instituciones Prestadoras de Servicios adscritos 2. ... (...)"*. La norma en comento, en su artículo 162 consagra los parámetros del Plan Obligatorio de Salud, de la siguiente manera:

"(...) PLAN DE SALUD OBLIGATORIO. El Sistema General de Seguridad Social de Salud crea las condiciones de acceso a un Plan Obligatorio de Salud para todos los habitantes del territorio nacional antes del año 2001. Este Plan permitirá la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan (.).

"(...) Para los afiliados cotizantes según las normas del régimen contributivo, el contenido del Plan Obligatorio de Salud que defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en salud será el contemplado por el decreto-ley 1650 de 1977 y sus reglamentaciones, incluyendo la provisión de medicamentos esenciales en su presentación genérica. Para los otros beneficiarios de la familia del cotizante, el Plan Obligatorio de Salud será similar al anterior, pero en su financiación concurrirán los pagos moderadores, especialmente en el primer nivel de atención, en los términos del artículo de la presente Ley (...).

Para los afiliados según las normas del régimen subsidiado, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud diseñará un programa para que sus beneficiarios alcancen el Plan Obligatorio del Sistema Contributivo, en forma progresiva antes del año 2.001. En su punto de partida, el plan incluirá servicios de salud del primer nivel por un valor equivalente al 50% de la unidad de pago por capitación del sistema contributivo. Los servicios del segundo y tercer nivel se incorporarán progresivamente al plan de acuerdo con su aporte a los años de vida saludables (...)"

Se desprende entonces de la normatividad consultada que las EPS, se encuentran en la obligación de garantizarle a sus afiliados el acceso al servicio público de la Seguridad Social en Salud, el cual, además, conforme al precedente jurisprudencial de la Corte adquiere la connotación de un derecho fundamental autónomo, para lo cual ha de suministrar a sus afiliados los servicios que se encuentren dentro del Plan Obligatorio de Salud, sin la necesidad de trámites especiales o complejos. Servicios estos que contemplan, entre otros, el suministro de medicamentos, procedimientos, hospitalización, exámenes, tratamientos y toda la atención que estos requieran para atender y tratar la patología que padezcan, a fin de superarla o minimizar sus efectos.

En lo que atañe a los casos en los cuales las EPS niegan a una persona determinado tratamiento, procedimiento, implemento médico o un medicamento específico por no encontrarse incluido en el Plan Obligatorio de Salud (POS), la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en reiteradas oportunidades, ha considerado que la acción de tutela procederá si se reúnen las siguientes condiciones: a)._ Que la falta del tratamiento, implemento, procedimiento o medicamento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos fundamentales a La Vida, a la Integridad o a la Dignidad del interesado. b)._ Que no exista un medicamento, tratamiento o procedimiento sustituto o que, existiendo este, no obtenga el mismo nivel de efectividad para proteger los derechos fundamentales comprometidos. c)._ Que el paciente se encuentre en incapacidad real de sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido. d)._ Que el paciente se encuentre imposibilitado para acceder al tratamiento, procedimiento, implemento o medicamento a través de cualquier otro sistema o plan de salud; y e)._ Que el tratamiento o medicamento hubiere sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante. *"(...) Excepcionalmente la tutela puede ser concedida, si la prescripción la hizo un médico particular, cuando debido a procedimientos administrativos de la ARS o EPS se vulneró el derecho al diagnóstico y el usuario tuvo que acudir a un médico externo (...)"*. (Sent. T-835/05). (Negrillas y subrayas ajenas al texto original).

3.4._ Normativa respecto a la Concesión de viáticos, los cuales comprenden alojamiento, alimentación, transporte interno e interdepartamental de ida y regreso para la paciente y un acompañante.

La Resolución 6408 del 26 de diciembre de 2016, en el artículo 126 del citado acto administrativo, establece:

"TÍTULO V TRANSPORTE O TRASLADOS DE PACIENTES

ARTÍCULO 126. TRANSPORTE O TRASLADOS DE PACIENTES. *El Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC cubre el traslado acuático, aéreo y terrestre (en ambulancia básica o medicalizada) en los siguientes casos:*

1 Movilización de pacientes con patología de urgencias desde 'el sitio de ocurrencia de la misma hasta una institución hospitalaria, incluyendo el servicio prehospitalario y de apoyo terapéutico en unidades móviles.

2 Entre IPS dentro del territorio nacional de los pacientes remitidos, teniendo en cuenta las limitaciones en la oferta de servicios de la institución en donde están siendo atendidos, que requieran de atención en un servicio no disponible en la institución remitora. Igualmente para estos casos está cubierto el traslado en ambulancia en caso de contrarreferencia.

El servicio de traslado cubrirá el medio de transporte disponible en el sitio geográfico donde se encuentre el paciente, con base en su estado de salud, el concepto del médico tratante y el destino de la remisión, de conformidad con la normatividad vigente. Asimismo, se cubre el traslado en ambulancia del paciente remitido para atención domiciliaria si el médico así lo prescribe.

ARTÍCULO 127. TRANSPORTE DEL PACIENTE AMBULATORIO. *El servicio de transporte en un medio diferente a la ambulancia, para acceder a una atención incluida en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, no disponible en el lugar de residencia del afiliado, será cubierto en los municipios o corregimientos con cargo a la prima adicional para zona especial por dispersión geográfica.*

PARÁGRAFO. *Las Entidades Promotoras de Salud -EPS- o las entidades que hagan sus veces igualmente deberán pagar el transporte del paciente ambulatorio cuando el usuario debe trasladarse a un municipio distinto a su residencia para recibir los servicios mencionados en el artículo 10 de este acto administrativo, cuando existiendo estos en su municipio de residencia la Entidad Promotora de Salud -EPS o la entidad que haga sus veces no los hubiere tenido en cuenta para la conformación de su red de servicios. Esto aplica independientemente de si en el municipio la Entidad Promotora de Salud -EPS- o la entidad que haga sus veces recibe o no una UPC diferencial."*

En ese orden de ideas, el servicio de transporte se encuentra incluido en el POS y por tanto, se hace exigible mediante traslado acuático, aéreo y terrestre, a través de ambulancia básica o medicalizada, cuando se necesite para movilizar a los pacientes que requieran servicios de urgencia; desplazarse entre instituciones prestadoras de salud dentro del territorio nacional para recibir la atención de un servicio no disponible en la institución remitora, lo que igual sucederá en los casos de contrarreferencia; atención domiciliaria si su médico así lo prescriba; y trasladarse a un municipio distinto a su residencia para recibir los servicios, cuando existiendo estos en el municipio de su residencia la EPS no los hubiere tenido en cuenta para la conformación de su red de servicios. A su vez, se contempla la posibilidad de acceder a un medio de transporte diferente a la ambulancia, cuando sea necesario para acceder a un servicio incluido en el POS no disponible en el municipio de residencia del paciente.

Frente a este tema, la Corte Constitucional ha identificado situaciones en las que el servicio de transporte o traslado de pacientes no está incluido en el POS y los procedimientos médicos asistenciales son requeridos con necesidad por parte del usuario del sistema de salud. En tales escenarios, la Corporación ha sostenido que el servicio de transporte se constituye en el medio para que las personas accedan a los servicios de salud necesarios para su rehabilitación en los casos en que el servicio no se pueda brindar en el lugar de residencia del paciente cuya responsabilidad recae sobre él mismo o sobre su familia. Pese a ello, ha establecido que dicha responsabilidad se adscribe a las EPS cuando estos no tengan la capacidad económica de asumirlo. Al respecto, la Corte señaló (T-116A de 2013):

"Si bien el transporte y el hospedaje del paciente no son servicios médicos, en ciertos eventos el acceso al servicio de salud depende de que al paciente le sean financiados los gastos de desplazamiento y estadía en el lugar donde se le pueda prestar atención médica. (...) Así pues, toda persona tiene derecho a que se remuevan las barreras y obstáculos que impidan a una persona acceder a los servicios de salud que requiere con necesidad, cuando éstas implican 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".

Atendiendo esta línea argumentativa, este Despacho encuentra que las EPS tienen la obligación de garantizar el transporte, además por estar cubierto por el POS cuando: "(i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) que de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la dignidad, la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario".

3.5. _El caso concreto

En el evento que nos ocupa, del acervo probatorio acopiado el despacho advierte que la presente acción de amparo persigue que esta casa judicial ordene a la entidad accionada FAMISANAR EPS, a la cual se encuentra afiliada la paciente agenciada LUCIANA USTÁRIZ BAUTISTA, proceda a suministrarle los pasajes, alojamiento, alimentación, y transporte interno en la ciudad de Bogotá donde debe llevar a la menor para cita para valoración médica especializada con Genetista y a fin de asistir a la cita programada para el 23 de Diciembre de 2021 en la ciudad de Bogotá D.C .

En este orden de ideas, necesario es establecer que, cuando el médico adscrito a la EPS genera una orden y la EPS direcciona el tratamiento para una ciudad distinta al lugar de residencia del paciente y no ordena con ello los gastos por concepto de viáticos, limita el acceso al servicio de Salud y, en ese sentido se vulnera el derecho a la Salud del paciente, tal como ocurre en el caso sub-examine; desprendiéndose de ello que sobre este fallador recae la obligación Constitucional de brindar una protección efectiva a los derechos deprecados.

Ha de tenerse en cuenta entonces, que a la menor LUCIANA USTÁRIZ BAUTISTA, le fue ordenado por su médico tratante especialista en el área de Genética, consistente en el estudio: MOLECULAR DE REARREGLOS (HGC), las cuales deberán realizársele en la ciudad de Bogotá D.C, y la accionante ha manifestado que en respuesta a su solicitud de los viáticos y demás la entidad accionada le informa que ellos no reconocían estos viáticos ni pasajes, para lo cual debía impetrar una acción de tutela y que el juez la autorizara, sin que pueda ser de recibo para este despacho lo aducido por la entidad accionada en la respuesta emitida a sobre los hechos planteados en esta acción constitucional, por lo que se puede concluir que efectivamente, esta se encuentra bajo las circunstancias establecidas por la Corte Constitucional para que proceda por parte de la entidad accionada, el suministro a la accionante de los gastos por este concepto de transporte de ida y regreso a la ciudad de Bogotá D.C, para el paciente y su acompañante, por lo que la desidia de la entidad demandada en autorizar dichos viáticos, se traduce en una flagrante amenaza y vulneración de los derechos fundamentales del menor agenciado, a la Vida en condiciones de dignidad y Seguridad Social en Salud, entendida la primera prerrogativa no solo como la garantía que entraña la obligación del Estado y de los particulares de preservar la existencia de la persona humana, sino, que encierra además el imperativo deber de asegurar que esa existencia que se busca preservar, se encuentre rodeado de las condiciones mínimas para que se ajuste a los requerimientos por lo menos indispensables para satisfacer las necesidades generadas en razón, precisamente del hecho de existir, en condiciones de dignidad, no obstante la EPS accionada al denegarle al paciente la prestación de los servicios requeridos, en este caso el suministro de los viáticos tantas veces mencionados, desconoce la normatividad vigente y la Jurisprudencia Constitucional al respecto y el mandato constitucional que nos obliga a darle a las personas que se encuentren en estado de debilidad manifiesta por padecer grave desmedro de su salud y por ser un menor de edad, como en este evento, una protección especial y reforzada, omisión esta que, además de mantener al afectado en un completo e injustificable estado de iniquidad, se traduce en una flagrante vulneración de sus derechos fundamentales antes anotados, cuya protección es deprecada, haciendo procedente la concesión del amparo solicitado, razón por la cual se le ordenará al señor representante legal de la entidad accionada FAMISANAR EPS, en esta ciudad, o en la ciudad a la que se encuentre adscrito este municipio, o a quien haga sus veces, que en un término no superior a cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de este fallo, si aún no lo hubiere hecho, proceda a autorizarle y suministrarle a la paciente, menor LUCIANA USTARIZ BAUTISTA, y a un acompañante, los gastos por concepto de viáticos consistentes en transporte de ida y regreso desde la ciudad de partida a la ciudad de Bogotá D.C, a fin de que pueda asistir a la cita programada para el 23 de Diciembre de 2021 en la ciudad de Bogotá D.C. De la misma manera deberá continuar prestándole al paciente la atención o tratamiento integral que requiera para el manejo y tratamiento de su enfermedad, garantizándole el acceso al resto de servicios médicos que sean necesarios Igualmente se le propondrá para que en lo sucesivo, se abstenga de incurrir en las conductas omisivas que dieron origen a la presente acción de amparo.

En mérito de lo anteriormente expuesto, el JUZGADO PRIMERO PROMISCOU MUNICIPAL DE AGUSTÍN CODAZZI - CESAR, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

REF: Acción de Tutela promovida por la señora MILENYS BAUTISTA SUAREZ en representación de su hija LUCIANA USTARIZ BAUTISTA, en contra de FAMISANAR EPS Radicación No.: 200134089001-2021-000430-00

RESUELVE:

Primero. Conceder el amparo tutelar a los derechos fundamentales a la Vida en condiciones de dignidad y Seguridad Social en salud de la paciente agenciada **LUCIANA USTARIZ BAUTISTA**, solicitado por la señora **MILENYS BAUTISTA SUAREZ**. En consecuencia se les ordena al señor Representante Legal, de la entidad accionada **FAMISANAR EPS**, en esta ciudad o en la ciudad a la que se encuentre adscrito este municipio, o a quien haga sus veces, que en un término no superior a cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de este fallo, si aún no lo hubiere hecho, proceda a autorizarle y suministrarle a la paciente, menor **LUCIANA USTARIZ BAUTISTA**, y a un acompañante, los gastos por concepto de viáticos consistentes en transporte de ida y regreso desde la ciudad de su domicilio a la ciudad de Bogotá D.C, a fin de que pueda asistir a la cita programada para el 23 de Diciembre de 2021. De la misma manera deberá continuar prestándole a la paciente la atención o tratamiento integral que requiera para el manejo y tratamiento de su enfermedad, garantizándole el acceso al resto de servicios médicos que sean necesarios para el manejo y tratamiento de su patología.

Segundo. Prevenir al Representante Legal de la entidad accionada para que en lo sucesivo se abstenga de incurrir en las conductas omisivas que dieron origen a la presente acción de amparo.

Tercero. Notifíquese este fallo a las partes intervinientes por el medio más expedito (art. 16 del Decreto 2591 de 1991).

Cuarto.- Contra esta decisión procede el recurso de impugnación. Si no fuere impugnado este fallo dentro de los tres (3) días siguientes al de su notificación, envíese a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase.

ALGEMIRO DÍAZ MAYA
Juez